

Aula 00

*Fundamentos Noções Gerais de Direito
p/ PC-SC (Delegado) - 2020*

Autor:
Jean Vilbert

14 de Dezembro de 2019

TEORIA GERAL DO DIREITO



SUMÁRIO

1	Sistema Jurídico.....	7
1.1	Lacunas	9
1.2	Antinomias.....	14
1.3	Fontes	18
2	Questões	33
2.1	Questões SEM comentários	33
2.2	Gabarito	38
2.3	Questões COM comentários	39
3	Resumo	47
3.1	Conceitos iniciais	47
3.2	Conceitos fundamentais.....	47
3.3	Sistema jurídico	48
4	Bibliografia	49
5	Considerações Finais.....	49

FORMAÇÃO HUMANÍSTICA

Humanística? **Que bicho é esse?** Estamos falando de Teoria Geral do Direito e do Estado, Hermenêutica, Filosofia, Sociologia...

A este ponto, você já pode estar fazendo cara feia e pensando "*Ixi!!! Já vi tudo! Aquelas matérias chatas que 'estudamos' no início do curso*". Exatamente! A teoria geral do direito e as disciplinas de humanística são (não raro) ignoradas por muitos estudantes de Direito. Isso não só traz prejuízos à formação do profissional como pode colocar o estudante em sérios apuros na hora dos concursos públicos.

"Como assim, fessor? Dê-me um motivo pra estudar humanística!". Mas é para já! Adoro desafios! Vou dar não só uma como DUAS graves razões!

Primeiro, se você acha que estará perdendo tempo estudando as matérias de base (quando poderia investir em Direito Penal e Constitucional, por exemplo), tenho a dizer que essa visão estreita do direito (como fenômeno dogmático) acaba por formar profissionais (1) alienados à aplicação da lei e da jurisprudência (como se direito se resumisse à sistematização de normas) ou, pior, (2) àquilo que acham certo por puro achismo. O direito é o maior instrumento de transformação social, não é possível que você queira ser apenas um pedreiro (a assentar os tijolos), em vez de um arquiteto e engenheiro (que pensa a construção).



Aliás, imagino que após alcançar o cargo dos seus sonhos (público ou privado), você não pretenda se reduzir à mediocridade (ser mediano, fazer o “seu” e pronto). Podemos (e o Brasil precisa de) mais do que isso – temos a condição de ser agentes da transformação operada pelo direito. Mas para isso é preciso ter base.

Segundo que não tem escapatória: humanística é de conhecimento obrigatório. E quando digo OBRIGATÓRIO, não uso figura de linguagem não! Conforme a Resolução nº 9, de 29 de setembro de 2004, do Conselho Nacional de Educação (artigo 5º):

“O curso de graduação em Direito deverá contemplar, em seu Projeto Pedagógico e em sua Organização Curricular, conteúdos e atividades que atendam aos seguintes eixos interligados de formação: I - Eixo de Formação Fundamental, tem por objetivo integrar o estudante no campo, estabelecendo as relações do Direito com outras áreas do saber, abrangendo dentre outros, estudos que envolvam conteúdos essenciais sobre Antropologia, Ciência Política, Economia, Ética, Filosofia, História, Psicologia e Sociologia”.

Então, o que nos resta fazer? Simples: **arregaçar as mangas e devorar a matéria**, que apesar de causar arrepios em muita gente, não é bicho papão algum e (para quem não gosta) merece a chance de mostrar sua importância, não só para a obtenção do resultado esperado em prova, como para o próprio crescimento pessoal e profissional (sejamos verdadeiros operadores do direito).

Soei piegas? Confira a nossa metodologia e veja como pretendo apresentar a disciplina de uma maneira que vai te fazer entender os temas e (até) gostar dessa tal de formação de BASE (alicerce para o edifício jurídico).

METODOLOGIA DO CURSO

Não vou mentir: alguns temas da teoria geral do direito e de humanística são um tanto densos, complexos (não posso negar). Mas também não esqueço a advertência feita pelo saudoso jurista Luciano Benévolo de Andrade: **“tudo pode ser explicado de modo simples, sem floreio”**. Essa é a ideia aqui!

Para além de uma organização dos conteúdos pensada cuidadosamente (de modo que haja uma coerência, uma continuidade lógica na apresentação dos temas), a linguagem simples, descontraída, direta, dialética com que redigirei os materiais não será ao acaso, mas bastante proposital (instrumental). Não podemos nos dar



ao desfrute do formalismo exacerbado quando queremos a comunicação mais efetiva possível.

Ademais, embora eu considere os conhecimentos de base essencialmente fundamentais (três palavras fortes para entender do que estamos falando) aos operadores jurídicos, não queremos aqui tornar ninguém PhD. Nossa firme intenção é munir o estudante do NECESSÁRIO à **aprovação**.

Essa objetividade, contudo, não significará superficialidade. Sempre que necessário e importante, os assuntos serão aprofundados. Mas tudo de maneira mastigada (não encontrei termo melhor). Em epítome (belo vocábulo para síntese), meu trabalho será tornar o mais fácil possível aquilo que pode ser (em tese) complicado; o seu será me dar o voto de confiança e se dedicar na leitura. É um bom acordo, não? Cumpridas as obrigações mútuas deste contrato, o objeto (conhecimento = aprovação) será atingido, não tenho dúvidas.

Dito isso, agora de modo mais específico, as aulas terão como arrimo quatro "fontes" fundamentais, ou seja, baldrames a partir dos quais os materiais serão estruturados:



Só analisando esse quadro (+ o que falamos até agora) já é possível notar o grande DIFERENCIAL das aulas em .pdf em relação à doutrina e mesmo a materiais disponíveis no mercado na forma de livros (sinopses): ampla liberdade de passear pelas fontes, sem preocupação com as limitações do papel, com eventual rigidez da diagramação impressa (aqui vai ter cor, desenho, setas), além, claro, da possibilidade de adoção de uma linguagem bastante informal (que você já deve ter percebido), o que desemboca em uma leitura de fácil compreensão e assimilação - tudo no nosso curso é pensado para facilitar o aprendizado: o material será permeado de **esquemas, gráficos, resumos, figuras**, "chamando a atenção" para aquilo que realmente importa.

"Ah, mas Jean, e se eu ficar em dúvida durante a leitura, como faço?" O fato de as aulas serem (basicamente) em .pdf não impede, de forma alguma, o **contato direto e pessoal com o professor**. Além do nosso **fórum de dúvidas**, estamos disponíveis por **e-mail** e, eventualmente, pelo **Instagram e Facebook**. Aluno nosso não fica com dúvida! Se, ao ler o material, surgirem incompreensões, inseguranças,

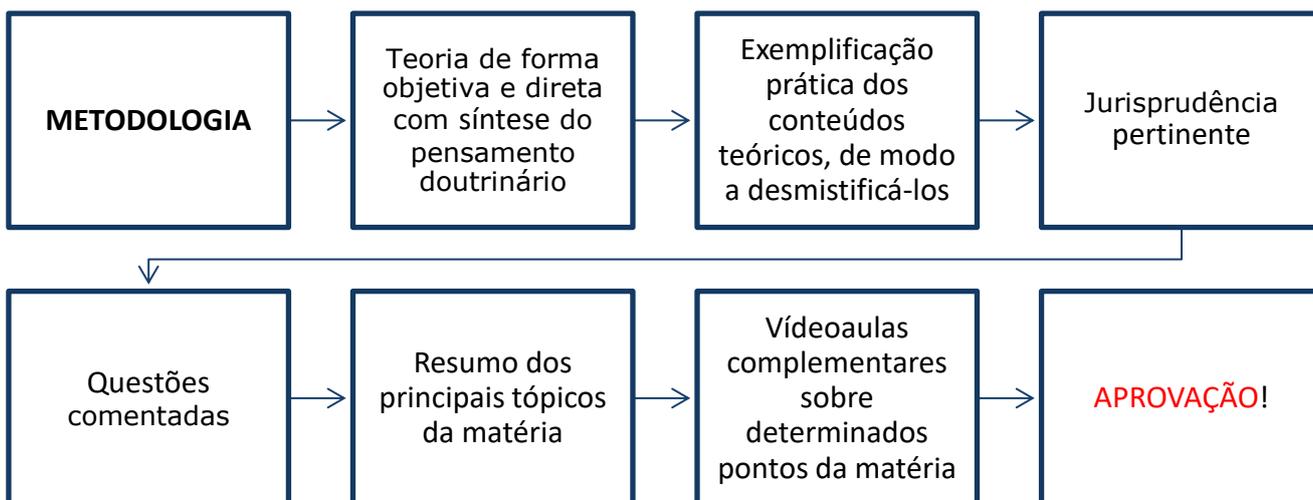


curiosidades, basta entrar em contato. Não deixaremos, JAMAIS, soldados(as) para trás!

Com essa estrutura e proposta pretendemos conferir a tranquilidade de uma **preparação completa**. Nosso objetivo aqui é ir ao universo e além :D

Claro que na humanística, diferentemente de outras disciplinas, é impossível cravar que aglutinaremos informação apta a cobrir todas as questões passíveis de cobrança em prova (temos de ser sinceros, oras). Isso porque os conteúdos da área são extremamente amplos e os examinadores geralmente são pessoas muito sabidas, mas um pouco birutas. Então, não raro eles vêm com umas questões absolutamente imprevisíveis (de outro mundo).

Isso não nos assusta e nem pode causar desespero. O que queremos é ser **eficientes (fazer mais com menos)**. Para isso precisamos de conhecimento útil para matar a maioria das questões com segurança e deduzir as que fugirem um pouco desse campo, de modo a garantir os pontos necessários à aprovação. E isso dá para fazer sem ter de ler toda a Biblioteca de Alexandria. Captou? Sim? Não? Deixa eu esquematizar!



Parece demais para ser verdade? O queeeeê? Está duvidando de nossa capacidade de cumprir tudo o que prometemos? Eu não duvidaria se fosse você! Temos muitaaa confiança no trabalho que desenvolvemos. Dê uma olhada em meu "currículo" e confira minha experiência. E lembre-se: já estive na sua exata condição, amig@ estudante (parece que foi ontem), e utilizei minha metodologia de estudos para alcançar meus objetivos. Se deu certo para mim, por que não daria para você?

APRESENTAÇÃO PESSOAL



Meu nome é Jean Thiago Vilbert Pereira. Minha vida sempre foi dividida entre o mundo acadêmico e o concursístico. Cursei Direito (Unochapecó) e Letras Inglês (UFSC) concomitantemente; fiz duas pós-graduações e, então, Mestrado em Direitos Fundamentais (Unoesc). Fui professor Universitário (Unochapecó e Unoesc) e, nesse meio tempo, trilhei meu caminho nos concursos públicos, com felizes aprovações: Advogado e Procurador Municipal, Analista Judiciário (2º Grau TJRS), Investigador de Polícia (PCSC), Agente de Polícia Federal, Delegado de Polícia (PCPR) e, finalmente, Juiz de Direito (TJSP - 1º lugar na prova oral) - foi aprovado para as fases seguintes dos concursos da magistratura do TJRJ (subjéitiva), TJPR (sentença), TJDFT (sentença), TJPE (oral) e TJGO (oral), dos quais pude desistir após alcançar meu objetivo (magistratura bandeirante).

Essa experiência me fez desenvolver uma didática própria (de estudos e de ensino), a qual lanço mão para ajudar a quem (como eu) quer realizar os sonhos no menor espaço de tempo possível, sem temer os desafios e estando disposto a pagar o preço necessário (muito esforço). *Tamo junto nessa? Simbora!!!*

Deixo abaixo meus contatos para quaisquer dúvidas ou sugestões. Terei o maior prazer em orientá-los(as) da melhor forma possível nesta caminhada que estamos iniciando.

E-mail: jeanvilbert@gmail.com

CRONOGRAMA DE AULAS

A distribuição básica dos assuntos (por aulas) **dar-se-á** (olha aí a mesóclise: coisa linda!) conforme o seguinte cronograma:

00 - Teoria Geral do Direito

01 - Hermenêutica I

02 - Hermenêutica II

03 - Sociologia



Eventuais ajustes poderão ocorrer, especialmente por questões didáticas. De todo modo, sempre que houver alterações no cronograma, os senhores e senhoras serão previamente informados. Combinado? Então, sem mais delongas, iniciemos!



1 SISTEMA JURÍDICO

A tecnologia do direito, como instrumento de resolução de conflitos, articula-se em torno da teoria do sistema¹ ou do ordenamento jurídico, tomando-o como um **complexo unitário de fontes formais do direito, normativas (regras e princípios) e não normativas (definições e critérios classificatórios), que guardam relação entre si (estrutura com caráter lógico-formal)**, mediante a solução de conflitos internos (ex: hierarquia entre normas).

Desse conceito, podemos retirar os principais caracteres do ordenamento jurídico: *unitário, hierarquizado, dinâmico*.

Se você está a se perguntar como cargas d'água o ordenamento pode ser **unitário** se há direito civil, penal, tributário... respondo que a estrutura em *repertório* (conjunto de normas) é unitária na medida em que os ramos do direito são interdependentes (não desfrutam de real autonomia) - não há como entender o que é furto (CP, art. 155), sem compreender o que é posse e propriedade (conceitos do direito civil); o mesmo se diga em relação a tributos (como o IPVA). Captou? Então prossigamos.

O sistema é **hierarquizado**: as normas superiores são o fundamento de validade das inferiores e assim sucessivamente. O modelo é formatado na forma de uma pirâmide: no topo está a Constituição (marco inicial do ordenamento), seguida da legislação infraconstitucional e então da regulamentação infralegal (decretos, regulamentos...).



CURIOSIDADE

Há autores que defendem existir **hierarquia entre normas constitucionais**: o sistema se conformaria em torno dos **princípios**, que teriam prevalência (são o elemento principal do sistema, garantindo sua unidade) e, por isso, orientam as demais normas do ordenamento, norteiam seu fim imanente e regulam teleologicamente a atividade interpretativa (são **regras de**

¹ Sistema significa *nexo*, reunião de coisas ou conjunto de elementos: o sistema jurídico reúne (entrelaça) as fontes formais do direito.



calibração). Assim, o intérprete deve primeiramente identificar os princípios (normas jurídicas qualificadas) para só então seguir para as normas jurídicas particulares.

Bem, esse sistema busca reger a sociedade em suas relações. Por isso mesmo, apresenta-se como **dinâmico**, na medida em que é alterado no decorrer dos tempos, conforme se modifica (avança e retrocede) a sociedade. E assim vamos levando...

Por último, consigno que o pensamento jurídico se erige sobre comportamentos humanos regulados pela norma jurídica (modelo teórico-empírico) - **teoria da decisão**. A pretensão do ordenamento, em tal contexto, é transformar incompatibilidades (conflitos) em tese indecidíveis (sem solução) em decidíveis. Não há, portanto, eliminação do conflito, mas sua conversão em uma decisão imperativa, que **busca convencer os envolvidos por meio da técnica, integrando o homem em um universo coerente, que garanta alguma segurança e certeza às expectativas sociais.**

O direito é uma tecnologia de decisões persuasivas.



(Ano: 2018 Banca: FCC Órgão: DPE-AM Prova: Defensor Público) Ao discorrer sobre a ciência do direito como uma "teoria da decisão", Tércio Sampaio Ferraz Júnior, na obra *A Ciência do Direito*, considerando uma visão alargada da decisão, que a compreende como "um processo dentro de outro processo, muito mais amplo que a estrita deliberação individual", estabelece a seguinte correlação entre o "conflito" e a "decisão":

- a) A decisão é condição de possibilidade do conflito e, a partir dele, ela não é transformada, mas eliminada.
- b) A decisão é condição de possibilidade do conflito e, a partir dele, ela não é eliminada, mas transformada.
- c) O conflito é condição de possibilidade da decisão e, a partir dela, ele não é eliminado, mas transformado.
- d) O conflito é condição de possibilidade da decisão e, a partir dela, ele não é transformado, mas eliminado.
- e) O conflito não é condição de possibilidade da decisão e, a partir dela, ele é eliminado, após ser transformado.



Comentário:

A lógica é a seguinte: (1) antes da decisão é necessário que haja conflito (pressuposto); (2) o conflito não é eliminado pela decisão, mas transformado (diminuído ao aceitável, ao tolerável).

Com essas premissas, a questão parece mais de português (gramática e interpretação de texto) do que de direito.

Alternativa A = a “decisão é condição de possibilidade do conflito”? Ao contrário: o conflito é condição para que haja decisão. A parte final ainda soterra a alternativa: vamos eliminar a decisão? kkkk

Alternativa B = novamente, o mesmo erro na primeira parte do enunciado e agora há inversão: a decisão não é eliminada, mas transformada rrsrrsrs

Alternativa C = CORRETO! Nas palavras do autor: “Decidir, assim, é um ato de uma série que visa transformar incompatibilidades indecíveis em alternativas decidíveis, que, num momento seguinte, podem gerar novas situações até mais complexas que as anteriores. Na verdade, o conceito moderno de decisão liberta do tradicional conceito de harmonia e consenso, como se em toda decisão estivesse em jogo a possibilidade mesma de safar-se de vez de uma relação de conflito. Ao contrário, se o conflito é condição de possibilidade da decisão, à medida que a exige, a partir dela ele não é eliminado, mas apenas transformado”.

Alternativa D = peca na parte final: o conflito NÃO é eliminado.

Alternativa E = tudo errado: conflito é SIM condição de possibilidade da decisão; NÃO é eliminado após ser transformado.

Portanto, a assertiva correta é a **C**.

Agora, ninguém disse que transformar incompatibilidades, minorar conflitos e convencer os envolvidos é tarefa fácil. O problema é que entre o julgador e a concreção pode haver vários obstáculos: (a) *norma agendi* = descrições típicas imprecisas, contraditórias, ambíguas, vagas, que conduzem a uma multiplicidade de possíveis incidências ou a nenhuma + lacunas (vazios no ordenamento) e antinomias (conflito entre normas); (b) *facultas agendi* = dificuldade para chegar à verdade dos fatos, o que depende da colheita de provas, atividade que tem seus próprios percalços- ao cabo, faz-se um juízo de probabilidade. Vamos aprofundar o tópico.

1.1.1 LACUNAS

Como já referimos, o ordenamento jurídico é o *bam-bam-bam*, o “ó do borogodó”, o maioral... Mas e quando nele houver **lacuna** (um buraco não regulamentado por lei)? Afinal, “em nenhum lugar do mundo foram estabelecidas regras suficientes para regular todas as ações e palavras dos homens (o que é coisa impossível)”². E aí, como faz? Deixamos de resolver o pepino? O juiz deixa de julgar? Deixa de se dizer o justo? Jamaixx!



(OAB XII 2013) Considere a seguinte afirmação de Herbert L. A. Hart:

“Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamentos, estes, não obstante a facilidade com que atuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão.” (HART, Herbert. O Conceito de Direito. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986, p. 141)

Hart admite um grau de indeterminação nos padrões de comportamento previstos na legislação e nos precedentes judiciais. A respeito, assinale a afirmativa correta.

- a) Trata-se do fenômeno chamado na doutrina jurídica de lacuna material do direito, em que o jurista não consegue dar uma resposta com base no próprio direito positivo para uma situação juridicamente relevante.
- b) Trata-se da textura aberta do direito, expressa por meio de regras gerais de conduta, que deve ganhar um sentido específico dado pela autoridade competente, à luz do caso concreto.
- c) Trata-se da incompletude do ordenamento jurídico que, por isso mesmo, deve recorrer aos princípios gerais do direito, a fim de promover uma integração do direito positivo.
- d) Trata-se do fenômeno denominado de anomia social pelos sociólogos do direito, em que existe um vácuo de normas jurídicas e a impossibilidade real de regulação de conflitos juridicamente relevantes.

Comentários

O que é **lacuna material**? É a lacuna no direito. E **lacuna formal**? A lacuna na lei. Compreendeu? Não? Nas palavras de Miguel Reale: “não há de se confundir ordenamento legal e ordenamento jurídico, não podendo o primeiro deixar de ter casos omissos, enquanto o segundo, sendo o sistema de normas em sua plena

² HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Rideel, 2005, p. 126.



atualização, não pode ter lacunas e deve ser considerado, em seu todo, vigente e eficaz". Logo, **pode haver lacuna na lei, mas não no direito**. Certamente, o enunciado da questão não se refere à existência de lacuna material (A). Os termos "incompletude do ordenamento jurídico" (C) e "anomia social" (D), isto é, falta de lei, caminham pelo mesmo sentido, tentando fazer crer que o problema trazido a lume é de lacuna (omissão) no ordenamento. Contudo, não é esse o caso. **Hart** está se referindo à **textura aberta do direito**, que regulamenta as ações do homem por normas gerais de conduta, as quais são humanizadas (individualizadas) com sua aplicação pelo Poder Judiciário no caso concreto.

A alternativa correta é a **B**.

Saliento que há quem sequer aceite a possibilidade de existência de lacunas no ordenamento. O sistema pretende ser completo, um conjunto orgânico que atende à integralidade das demandas (não admite solução fora de si mesmo). De toda forma, a maioria dos pensadores entende que é impossível alcançar a plenitude lógica, de modo que o sistema demanda a existência de elementos de **integração**³ para evitar o *non liquet* (ausência de resposta).



ACORDE!!

INTEGRAÇÃO e **INTERPRETAÇÃO** não se confundem. Há pelo menos duas diferenças importantes: **(1)** A interpretação é sempre necessária; a integração só tem razão em caso de vazio normativo. **(2)** A interpretação atua dentro do campo normativo; a integração vai buscar resposta em outras fontes do direito justamente pela ausência de lei específica a reger a hipótese.

Agora que já sabemos que lacunas são "buracos", "vazios", no ordenamento legal (espaços não preenchidos pela lei), podemos avançar para a parte técnica, verificando as várias espécies de lacunas:

Quanto à **norma**: (a) *autêntica*: não há lei regulando a questão (ex: formação de condomínios horizontais em bairros, com fechamento de ruas); (b) *não autêntica*:

³ Integração é o fenômeno de criação do direito na busca de tornar o ordenamento completo (íntegro), suprimindo suas lacunas.



há solução na lei, mas esta é considerada indesejada, isto é, a aplicação da lei soa injusta (ex: criança filha de mãe rica que busca exigir pensão alimentícia dos avós paternos pobres quando o genitor some no mundo - a lei permite... mas nosso senso de injustiça apita).

Quanto à **vontade do legislador**: (a) *intencional*: o legislador relega a terceiro a solução concreta do caso (ex: o Código Civil fala em função social do contrato, artigo 421, sem especificar o que é, deixando tal solução ao julgador); (b) *não intencional*: o legislador não se atenta às várias relações possíveis e deixa de regular algumas (o Código Civil garante o direito real de habitação ao cônjuge sobrevivente, no artigo 1.831, mas nada fala sobre o companheiro).

Quanto à **amplitude**: (a) *latente* (latente é o que está oculto): decorre do caráter muito amplo da norma, cujo tipo se torna demasiadamente vago (ex: segundo o artigo 28, inciso I, do Código Penal, a emoção e a paixão não excluem crime, o que não é de toda verdade quando provocarem inimizabilidade); (b) *patente*: há efetiva ausência de norma a regular a questão (ex: não há previsão legal da paternidade afetiva).

Quanto ao **sistema de normas**: (a) *originária*: ocorre desde o nascimento da norma (ex: nem a Constituição, nem o Código Civil fez qualquer alusão a casais homossexuais, casamento, herança, adoção...); (b) *posteriores*: lacunas que aparecem de maneira superveniente, em razão de modificações de situações fáticas ou jurídicas (ex: após ser inserido no Código de Processo Penal o princípio da identidade física do juiz, passou-se a indagar: o que fazer nos casos de afastamento do juiz titular, como promoção, licença, férias? Entendeu-se que o juiz substituto podia sentenciar, com base nas exceções previstas no artigo 132 do Código de Processo Civil de 1973. Acontece que o Novo CPC/2015 não repetiu o dispositivo, até porque não adota mais a identidade física. E agora José?).



Lacuna *intra legem* é aquela em que o legislador determina uma conduta, mas não cria a plenitude das condições para sua aplicabilidade. Exemplo: conforme o artigo 399, § 2º, do Código de Processo

Penal, o juiz que *presidiu* a instrução deverá proferir a sentença. Mas o que é presidir a instrução? Isso por que é comum haver cisão da AIJ, com juízes diferentes atuando no caso... E aí? Quem é que julga? É o juiz que ouviu mais testemunhas? É o que tomou declarações da vítima? O que interrogou o réu? A lei não explica.

Quanto ao **campo de abrangência**: (a) *normativa*: há ausência de lei a regular o caso (ex: não há regulação para a propriedade compartilhada no tempo - *time sharing*); (b) *ideológica* ou *axiológica*: falta de norma jurídica satisfatória ou justa, isto é, adequada à solução do caso concreto (ex: o artigo 80 do Estatuto do Idoso prevê foro privilegiado ao idoso, com competência absoluta. Então, chegaríamos



ao absurdo de, se um idoso litigar contra uma criança, obrigar esta a se deslocar para responder à ação, o que afrontaria a absoluta prioridade prevista no artigo 227 da Constituição); (c) *ontológica*: há dissociação entre a previsão normativa e a realidade social (se um rapaz de 18 tiver relação sexual consensual com menina de 13 anos e 11 meses, responderá por estupro de vulnerável, conforme artigo 217-A do Código Penal, com pena de até 15 anos de reclusão, justamente em um país que louva como mais alta expressão da cultura nacional o Carnaval na Sapucaí, com nudez explícita, e incentiva crianças a dançarem funk com letras e coreografias atentatórias ao pudor).

Em forma de esquema:

LACUNAS

- **Normativa**: ausência de lei para o caso concreto
- **Axiológica**: há lei, mas sua aplicação é injusta/insatisfatória
- **Ontológica**: existe lei, mas sem eficácia social



(OAB XVI 2015) O Art. 126 do CPC afirma que o juiz não se exime de sentenciar ou despachar alegando lacuna ou obscuridade da lei. A questão das lacunas também é recorrente no âmbito dos estudos da Filosofia e da Teoria Geral do Direito. O jusfilósofo Norberto Bobbio, no livro Teoria do Ordenamento Jurídico apresenta um estudo sobre essa questão. O autor denomina por lacuna ideológica a falta de uma norma

- a) legitimamente produzida pelo legislador democrático
- b) justa, que enseje uma solução satisfatória ao caso concreto.
- c) que atenda às convicções ideológicas pessoais do juiz.
- d) costumeira, que tenha surgido de práticas sociais inspiradas nos valores vigentes.

Comentários

A assertiva **correta** é a B. Segundo Norberto Bobbio: chamam-se lacunas ideológicas as lacunas que existem em razão da falta de norma jurídica satisfatória ou justa, isto é, adequada à solução do litígio. Não se trata, aqui, da lacuna real, que é a falta de norma jurídica expressa ou de norma jurídica tácita. As lacunas ideológicas apresentam-se ao jurista quando este compara ao ordenamento



desejável, ideal, o ordenamento jurídico positivado, podendo-se chamá-las "lacunas de *iure condendo* (de direito a ser estabelecido)".

1.1.2 ANTINOMIAS

Antinomia é a **incompatibilidade de normas dentro do sistema jurídico**; ocorre quando a mesma autoridade competente edita duas normas que se tornam insustentáveis uma em relação à outra (conflito entre normas) - é o caso de uma lei proibir o que outra autoriza. Exemplo: o artigo 1.521, inciso IV, do Código Civil *proíbe* o casamento entre tios e sobrinhos, ao passo que o Decreto nº 3.200/1941 *autoriza*, desde que com laudo médico atestando que não haverá problemas para a prole (compatibilidade genética).



(Ano: 2010 Banca: FCC Órgão: DPE-SP Prova: Defensor Público) Em sua teoria do ordenamento jurídico, Norberto Bobbio estuda os aspectos da unidade, da coerência e da completude do ordenamento. Relativamente ao aspecto da coerência do ordenamento jurídico, "a situação de normas incompatíveis entre si" refere-se ao problema

- a) das antinomias.
- b) da analogia.
- c) do espaço jurídico vazio.
- d) das lacunas.
- e) da incompletude.

Comentários

ALTERNATIVA B = a **analogia** atua nas lacunas do ordenamento (falta de regulamentação específica), mas que podem ser preenchidas por normas que regulam casos semelhantes.

ALTERNATIVA C, D e E = o **espaço jurídico vazio** deve ser integrado pelas demais fontes do direito. De toda forma, é o caso de **lacuna** (falta de lei específica). Nesse caso, há **incompletude** do ordenamento positivo.

ALTERNATIVA A = "A situação de normas incompatíveis entre si é uma dificuldade tradicional frente à qual se encontraram os juristas de todos os tempos, e teve uma



denominação própria característica: antinomia” (BOBBIO, Norberto. *Teoria do ordenamento jurídico*. 6. ed. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1995, p. 81).

A assertiva correta é a **A**.

Com a complexidade dos ordenamentos atuais, até mesmo o mais atento e hábil dos legisladores (quem dirá o Legislativo brasileiro kkkk) é incapaz de evitar incongruências, em especial diante da necessidade de interpretação sistemática.

Essas incoerências podem ser meramente aparentes, isto é, solucionáveis por critérios normativos (cronológico, hierárquico e de especialidade) ou reais, nos casos em que houver conflito entre esses próprios critérios ou, por outra causa, o ordenamento não tiver resposta à solução do conflito.



Antinomia **REAL** é aquela que não tem solução no ordenamento, como a que envolve princípios constitucionais (cláusulas pétreas) ou entre os próprios critérios de solução. Antinomia **APARENTE** é a que pode ser solucionada pela cronologia, especialidade ou hierarquia.



JURISPRUDÊNCIA

“Quando há choque entre dois dispositivos de uma mesma lei, a antinomia não pode ser resolvida pelos critérios da hierarquia ou da sucessividade no tempo, porque esses critérios pressupõem a existência de duas leis diversas, uma hierarquicamente superior à outra, ou esta posterior à primeira. Nesse caso, que é o de mais difícil solução, o que é preciso verificar é se a antinomia entre os dois textos da mesma hierarquia e vigentes ao mesmo tempo é uma antinomia aparente, e, portanto, solúvel, ou se é uma antinomia real, e, conseqüentemente, insolúvel. **A antinomia APARENTE é aquela que permite a conciliação entre os dispositivos antinômicos, ainda que pelo que se denomina ‘interpretação corretiva’, ao passo que a antinomia REAL é aquela que, de forma alguma, permite essa conciliação, daí decorrendo a necessidade de se adotar a chamada ‘interpretação ab-rogante’,** pela qual ou o intérprete elimina uma das normas contraditórias (ab-rogação simples) ou elimina as duas normas contrárias (ab-rogação dupla)” (STF, HC nº 68.793, Rel. Min. Moreira Alves, j. 10/03/1992).



Então, para solução dos conflitos parentes devemos adotar os critérios *hierárquico*, *cronológico* e de *especialidade*, de modo que apenas uma das disposições sobreviva (tenha aplicação no caso), sendo a outra relegada. **ATENÇÃO AQUI!** Apenas se as normas forem efetiva e absolutamente incompatíveis ao caso é que se poderá falar em antinomia e solução de conflitos – se houver solução interpretativa, de maneira a conciliá-las, não há que falar em adoção dos referidos critérios.

O critério **cronológico** pauta-se no tempo. Diante de duas normas conflitantes, permanece aplicável a norma editada posteriormente (*lex posterior derogat priori*). Já o critério **hierárquico** dá prevalência à norma hierarquicamente superior (*lex superior derogat inferior*). Por derradeiro, o critério da **especialidade** faz sobejar a norma especial, isto é, aquela que regula a matéria de modo específico (*lex specialis derogat generali*).

Espiemos a prática: ao ingressar em vigência, o Código Civil de 2002, no artigo 1.831, estabeleceu que “ao cônjuge sobrevivente, qualquer que seja o regime de bens, será assegurado, sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança, o direito real de habitação”. Nada falou sobre o *companheiro*, sendo que a união estável também é regulada no código (arts. 1.723 a 1.727). Acontece que o artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.278/96 prevê que “dissolvida a união estável por morte de um dos conviventes, o sobrevivente terá direito real de habitação”. E aí, como fica? Claro que podemos realizar uma interpretação extensiva do artigo 1.831 do CC (a toda evidência, a lacuna é não intencional – legislador dorminhoco), mas o tema causou polêmica. Foi preciso manejar, especialmente no início, o critério da *especialidade* para assentar que a lei que regulava a união estável era especial em relação ao Código Civil (norma geral).



TOME NOTA!

O conflito entre normas pode ser **total** ou **parcial**. No primeiro caso ocorre a ab-rogação da norma anterior, ou seja, supressão total. No segundo temos a derrogação, que afeta apenas parcialmente a norma preterida.

E quanto houver conflito entre os meios de solução de conflito? Interessante, não? Pode haver conflito entre os próprios critérios: hierárquico e cronológico (lei superior x lei mais recente); de especialidade e cronológico (lei especial x lei geral mais recente); hierárquico e de especialidade (lei superior geral x lei especial). Chamamos essas incidências (conflito de critérios simultâneos de solução) de



antinomia de segundo grau (as antinomias simples, ou de primeiro grau, são as solucionáveis por **UM** dos critérios assinalados).

Entre o critério *hierárquico* e o *cronológico* (norma anterior hierarquicamente superior **x** norma posterior hierarquicamente inferior) prevalece o hierárquico, mantendo-se aplicável a norma superior em detrimento da posterior. Entre o critério da *especialidade* e o *cronológico* (norma anterior especial **x** norma posterior geral) prevalece a especialidade (norma geral posterior não derroga a especial anterior). Entre o critério *hierárquico* e o da *especialidade* (norma geral superior **x** norma especial inferior), embora haja divergência doutrinária, parece ser seguro caminhar na linha de pensamento de Norberto Bobbio, havendo prevalência do critério hierárquico.



O critério **hierárquico** é SOBERANO em relação aos demais. O critério de **especialidade** se SOBREPÕE ao da cronologia. O **cronológico** resolve conflitos entre “lei geral **x** lei geral” e “lei especial **x** lei especial”.

Hierarquia: critério mais forte

Especialidade: critério mediano ou intermediário

Cronológico: critério mais fraco



(PGM - Manaus - AM 2018/Procurador do Município) À luz das disposições do direito civil pertinentes ao processo de integração das leis, aos negócios jurídicos, à prescrição e às obrigações e contratos, julgue o item a seguir.

O conflito de normas que pode ser resolvido com a simples aplicação do critério hierárquico é classificado como antinomia aparente de primeiro grau.

Comentários

A antinomia de **primeiro grau** refere-se ao conflito que envolve apenas um dos critérios (hierárquico, especialidade ou cronológico); já a antinomia de **segundo grau** envolve dois ou mais dos critérios analisados. A antinomia **aparente** é aquela que pode ser resolvida a partir dos critérios citados; já a antinomia **real** não pode ser resolvida pelos meios ordinários.



O item está **correto**.

Por fim, pode haver ainda conflito entre normas do mesmo nível, gerais e contemporâneas, caso em que a doutrina se divide em duas posições principais: (1) deve-se adotar como critério norteador a busca da justiça (a crítica é de que o conceito de justiça seria demasiado subjetivo); (2) deve-se verificar qual norma se encontra mais ajustada aos valores albergados pelo ordenamento jurídico (em tempo de prevalência dos princípios, tal proposta não é lá tão mais objetiva).

1.1.3 FONTES

O que te vem à cabeça ao pensar em uma fonte? Estátua de anjinho no parque, fazendo xixi em uma bacia? Boa! Essa é a ideia. Fonte é de onde algo brota, surge, tem origem. As fontes do direito nada mais são do que isso: de onde vêm as normas de conduta. De modo mais técnico: são os **modos de manifestação (exteriorização) das normas jurídicas**.

É possível dividir as fontes em formais e materiais.

Fonte formal: forma pela qual o direito se manifesta; instrumento utilizado para regular as condutas em sociedade e para solucionar eventuais conflitos (leis, costumes, princípios gerais do direito).

Fonte material: fatores que interferem e condicionam a formação das normas (implicam o conteúdo das fontes formais); são as razões para que as fontes formais possuam determinado conteúdo (ex: razão política, ideológica, econômica, etc.).

Outra questão que podemos estudar é a classificação das fontes do direito. Advirto que o que a doutrina clássica afirma (e que repassarei) já não é mais tão consensual assim. De toda forma, pode cair em prova, então vamos lá.

Quanto à **natureza**, as fontes podem ser: (a) *diretas, próprias ou puras*: aquelas que tem como finalidade única servirem de modo de produção do direito (natureza jurídica exclusiva de fonte formal) - é o caso da lei, dos costumes e dos princípios gerais do direito; (b) *indiretas impróprias ou impuras*: não se prestam, fundamentalmente, a ser modo de produção do direito, recebendo essa incumbência de maneira excepcional ou incidental. Classicamente, diz-se que a doutrina e a jurisprudência são fontes indiretas (mediatas), pois se destinam prioritariamente a interpretar a lei.





Nos países de *common law* é possível afirmar que a jurisprudência é fonte direta do direito. A novidade agora é que mesmo em países como o Brasil (pretensamente de *civil law*), a jurisprudência vem alcançando tal status (ex: Súmulas Vinculantes sem pano de fundo normativo). Tomemos como exemplo a Súmula Vinculante nº 11, que passou a regulamentar o uso de algemas em 2008, sendo que somente em 2016 é que o Decreto nº 8.858 veio a lume (praticamente repetindo a redação do enunciado jurisprudencial).

Quanto ao **órgão produtor**, as fontes podem ser: (a) *estatais*: são produzidas pelo Estado, como a lei e a jurisprudência; (b) *não estatais*: são geridas na sociedade, como os costumes e a doutrina.

E ainda há quem classifique **quanto ao grau de importância**: (a) *principais*: a lei seria a fonte principal, não podendo o aplicador se valer de outra fonte quando houver lei a reger o caso ("quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito" - artigo 4º da LINDB); (b) *acessórias*: fontes que auxiliam o aplicador do direito na ausência da lei, como os costumes e os princípios gerais do direito, além da doutrina e da jurisprudência.



CURIOSIDADE

Será que é tão simples assim? E no caso de lacuna ideológica (há lei, mas sua aplicação gera injustiça)? Atualmente, os princípios, a doutrina e a jurisprudência muitas vezes afastam a lei.

Agora vamos às fontes propriamente ditas: lei, costumes, princípios gerais do direito doutrina e jurisprudência. Se estiver com vontade de ir ao banheiro ou de pegar um café, a hora é agora... depois é foco e concentração!



1.1.4 LEI

Nós, juristas, falamos de lei o tempo todo. Mas sabemos exatamente o que é a lei? A resposta não é tão simples quanto parece.



O dicionário define a lei com a regra de direito ditada pela autoridade estatal e tornada obrigatória para manter, numa comunidade, a ordem e o desenvolvimento; a norma elaborada e votada pelo Poder Legislativo; a obrigação imposta pela consciência e pela sociedade⁴. Jean-Jaques Rousseau, baluarte da democracia moderna, entende que a lei é a matéria decidida conforme a vontade do povo⁵.



NÃO confunda lei com norma! **LEI** é a forma que se reveste uma norma ou mesmo um conjunto de normas dentro do ordenamento. **NORMA** é uma prescrição, conceito que engloba regras, princípios e, modernamente, até decisões judiciais (norma para o caso concreto).

De forma genérica, a lei pode ser vista como uma norma de conduta que disciplina relações de fato e cuja observância é imposta institucionalmente, restringindo o campo de liberdade do cidadão. Já de modo mais técnico, o vocábulo pode ser abordado ao menos em três variantes (conceitos):

1ª) Amplíssima, em que o termo lei é empregado como sinônimo de norma jurídica, incluindo quaisquer normas escritas ou costumeiras. [...] toda norma geral de conduta que defina e disciplina as relações de fato incidentes no direito e cuja observância é imposta pelo poder do Estado [...]. 2ª) Ampla, [...] concebe que a lei é, etimologicamente, aquilo que se lê. [...] designa toda as normas jurídicas escritas, sejam leis propriamente ditas, decorrentes do Poder Legislativo, sejam os decretos, os regulamentos ou outras normais baixadas pelo Poder Executivo. [...]. 3ª) Estrita ou técnica, em que a palavra lei indica tão-somente a norma jurídica elaborada pelo Poder Legislativo, por meio de processo adequado⁶.

⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo dicionário eletrônico Aurélio versão 5.0*. Curitiba: Positivo Informática, 2004. CD-ROM.

⁵ ROUSSEAU, Jean-Jaques. *Do contrato social* [tradução de Pietro Nassetti]. 3. ed. São Paulo: Martin Claret, 2008, p. 45.

⁶ DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito*. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, 289-290.



Em outras palavras: (a) *amplíssimo*: engloba todas as fontes formais (inclusive doutrina e jurisprudência); (b) *amplo*: abrange tanto as normas oriundas do Poder Legislativo como do Poder Executivo (decretos, regulamentos e portarias); (c) *estrito*: abarca apenas as emanções do Poder Legislativo, em sua função típica - normas constitucionais, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, medidas provisórias, decretos legislativos e resoluções (CF, art. 59).

Para fins dos nossos estudos, vamos entender que **lei é o preceito jurídico escrito, estabelecido pela autoridade estatal competente e dotado de caráter geral e obrigatório.**



Preceito = mandando constituído por dois preceitos: **(a) primário**: descrição de uma conduta típica proibida ou obrigatória; **(b) secundário**: imposição de uma sanção (punitiva ou premial).

Jurídico = é jurídico porque busca o justo - os preceitos morais buscam o bom, os religiosos o sacro, os estéticos o belo...

Escrito = a feitura da lei demanda um processo formal que finda na publicação do texto escrito.

Estatual = o Estado, a rigor, tem o monopólio da elaboração de leis.

Competente = não basta que a lei seja proveniente do Estado, devendo ser da autoridade estatal competente, o que enseja estrito respeito ao processo legislativo (regras de elaboração) - iniciativa para provocar e competência para aprovar a lei.

Geral = a lei é feita para reger casos em geral (não específicos) - essa ideia de generalidade volta-se à impessoalidade (a lei não é feita para uns ou outros, mas para todos incidentes na situação descrita no preceito primário).

Obs.: as leis que possuem destinatário certo, ou seja, atingem pessoas ou grupos determinados (normas individuais ou de efeito concreto), como as que tombam um bem ou criam um município, são, na verdade, **atos administrativos** em sentido material (apenas exteriorizados na forma de lei).

Obrigatório = norma sem sanção é conselho (como diria Padre Quevedo: "isso *non ecxiste*"). As normas são imperativas, obrigatórias em vista da sanção, que pode estar prevista na própria norma ou extraída do sistema.

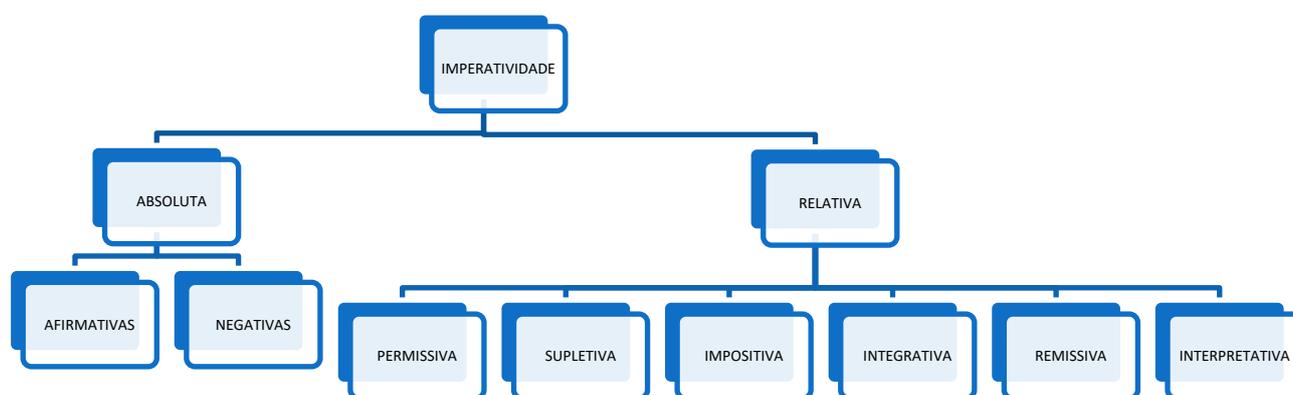


Para além das acepções, existem, ainda, muitas classificações das leis. Algumas são interessantes, a exemplo da que as qualifica conforme a **imperatividade** (força obrigatória) em absoluta (afirmativa e negativa) e relativa (permissiva, supletiva, impositiva, integrativa, remissiva e interpretativa). Vejamos.

São de *imperatividade absoluta* (de ordem pública) as normas que não deixam margem à vontade individual. Como exemplo podemos citar os artigos 1.789 e 1.845 do Código Civil - goste ou não dos seus filhos, metade da sua herança (legítima) será dividida entre eles (salvo hipóteses muito excepcionais, não há como afastá-los do direito hereditário). As normas de *imperatividade relativa* (dispositivas) são as que concedem às partes interessadas alternativas. Exemplo clássico é o artigo 425 do Código Civil, que confere aos interessados a possibilidade de estipular contratos atípicos.

Dentro das normas de imperatividade **absoluta** temos as normas *afirmativas*, que ordenam uma conduta (o domicílio do incapaz é o do seu representante - CC, art. 76) e as *negativas*, que vedam um comportamento ou consequência, como a que proíbe usucapião sobre bens públicos (CC, art. 102).

Já em relação às normas de imperatividade **relativa** temos a seguinte subdivisão: (a) *permissiva*: autorizam uma ação ou abstenção (retomada dos bens doados em caso de pré-morte do donatário - CC, art. 547); (b) *supletiva*: suprem a ausência de manifestação das partes (no silêncio das partes, o lugar do pagamento é o domicílio do devedor - CC, art. 327); (c) *impositiva*: modalidade em que, no silêncio da parte, uma norma supletiva se torna impositiva (não ajustada data futura para pagamento, este passa a ser exigível desde logo - CC, art. 331); (d) *integrativa*: busca harmonizar o sistema jurídico estabelecendo categorias (é bem imóvel o solo e tudo o que a ele se incorporar - CC, art. 79); (e) *remissiva*: remetem ao conteúdo de outras normas (aplica-se às pessoas jurídicas, no que couber, a proteção dos direitos da personalidade - CC, art. 52); (f) *interpretativa*: visam esclarecer o conteúdo de outras normas (a expressão "casa" compreende: qualquer compartimento habitado; aposento ocupado de habitação coletiva; compartimento não aberto ao público, onde alguém exerce profissão ou atividade - CP, art. 150, § 4º).



Pronto. Passamos essa parte mais enfadonha (nem doeu tanto assim, não é?) Agora, vamos relaxar. Você já ouviu alguém falando em “artigo tal do código *adjetivo*”? Sim? Sabe o motivo? Não? Bem, pela classificação das normas segundo a **natureza**, há normas *substantivas* (materiais), que declararam, criam, modificam ou extinguem direitos (ex: definem um crime; impõem um tributo); e normas *adjetivas* (processuais), que regulam o processo e o procedimento para fazer valer o direito substantivo. É por isso que alguns autores chamam o direito processual de adjetivo.

Por fim, quanto à **intensidade da sanção**, as leis podem ser classificadas em: (a) *mais que perfeitas*: fixam uma dupla sanção para o caso de sua violação - nulidade do ato praticado (restabelecimento à situação anterior) + pena (ex: aquele que de má-fé invade terreno alheio e nele constrói é obrigado a demolir o que nele construiu e ainda pagar perdas e danos em dobro - CC, art. 1.259, parte final); (b) *perfeitas*: impõem somente a nulidade do ato praticado, sem dupla sanção (ex: nulo é o contrato de compra e venda, quando se deixa ao arbítrio exclusivo de uma das partes a fixação do preço - CC, art. 489); (c) *menos que perfeitas*: não invalidam o ato, fixando sanção diversa (ex: reconhecida a onerosidade excessiva em contrato, haverá a redução da prestação - CC, art. 480); (d) *imperfeitas*: não fazem incidir nem nulidade, nem pena específica, apenas ensejando uma consequência jurídica minimamente desfavorável, de modo a desincentivar a situação (ex: não chegando os condôminos a um consenso na administração do bem comum, a questão sairá de suas mãos e será decidida pelo juiz - CC, art. 1.325, § 2º).



Uma norma passa a **existir** após ser *sancionada* pela autoridade competente, mas sua força obrigatória opera com a *promulgação* - ato pelo qual o Poder Executivo reconhece a autenticidade da norma e determina seu ingresso no ordenamento jurídico. A **validade**, por outro lado, liga-se à sua harmonia dentro do sistema constitucional, quer seja de conteúdo (aspecto material) e de observância rígida do processo de elaboração (aspecto formal). Já a **eficácia (jurídica)** é a potencialidade de a norma produzir efeitos concretos (existência + validade), devendo ser somada à **efetividade**, que é a eficácia **social**, real incidência na sociedade (vulgarmente dizemos que “a norma pegou”).

1.1.5 COSTUMES



Usos e costumes. Esse é o termo que normalmente aparece em lei (como veremos adiante). Quer falar bonito? Então fale em direito consuetudinário⁷. Pronto! Ambas as denominações (legal ou chique) se referem à norma de conduta aceita e obedecida habitualmente, sem maiores formalidades. É uma importante fonte do direito, manifestando-se antes mesmo das demais fontes, inclusive da lei (normalmente a lei é estrutura com base nos costumes do povo).

Do ponto de vista técnico, não é qualquer comportamento habitual que pode ser considerado um costume (fonte do direito). Há requisitos a serem perscrutados. O primeiro é o **objetivo**, a prática constante e reiterada no tempo, isto é, a continuidade, uniformidade e diuturnidade do comportamento. Já o requisito **subjetivo** é a crença na obrigatoriedade da conduta (*opinio necessitatis*) - mesmo que haja desrespeito, o que importa não é a efetividade, mas a o fator psicológico (a crença).



(Ano: 2014 Banca: FCC Órgão: TCE-GO Prova: Analista de Controle Externo)

A respeito dos costumes, como forma de integração da norma jurídica, considere:

- I. Continuidade.
- II. Uniformidade.
- III. Diuturnidade.
- IV. Moralidade.

Incluem-se dentre os seus requisitos os indicados em:

- a) I, II, III e IV.
- b) I, II e III, apenas.
- c) III e IV, apenas.
- d) I, II e IV, apenas.
- e) II e III, apenas.

Comentários

⁷ Há uma passagem no livro “Primeiro ano” (Scott Torow), o qual desde já recomendo, em que o autor, citando um professor de Harvard, assenta: “para ser um pato é preciso aprender a grasnar”. Captou? Não? Eu explico. Quer ser um jurista (pato)? Não tem jeito... é preciso pegar o vocabulário técnico (falar difícil = grasnar). Então, não reclame quando escrevo termos em Latim e coisas do tipo... dentro do possível: memorize!



TUDO CORRETO. Para que seja considerando fonte do direito, o costume deve estar arraigado na consciência da população por sua prática durante tempo considerável, além de gozar da reputação de imprescindível. Lembre-se: a) continuidade; b) uniformidade; c) diuturnidade; d) moralidade; e) obrigatoriedade.

Assim, CORRETA a alternativa **A**.

Mas de onde vêm os costumes? Há três teorias sobre o seu fundamento: (a) *teoria da vontade popular*: é o uso inveterado (no aspecto visível) do costume que o fundamenta - o fator psicológico é sua motriz (aperfeiçoamento da teoria de Savigny); (b) *teoria da sanção jurídica*: o costume, por si só, não tem qualquer força jurídica, de modo que o que o fundamenta e lhe dá eficácia é a decisão do juiz (defendida pelo jurista francês Marcel Planiol); (c) *teoria do direito natural*: as regras consuetudinárias são a verdadeira base do direito - é inerente à natureza do homem ter preceitos básicos pelos quais se dirige em sociedade ou fora dela.

Como quase tudo no direito, os costumes possuem classificações (depois que Aristóteles começou a classificar as coisas, o homem nunca mais parou).

Quanto à **origem**, os costumes podem ter seu berço no seio *popular* ou *científico*. A rigor, o costume (regra jurídica não escrita) nasce na base da sociedade (comportamento reiterado da população + crença na obrigatoriedade). Mas há também o costume científico, que tem origem entre os pensadores (cultores do direito).



CURIOSIDADE

Um exemplo de costume científico seria a **teoria da imprevisão**, que surgiu na idade média, quando os juízes passaram a afirmar que em todos os contratos haveria inserida implicitamente uma cláusula *rebus*

sic stantibus (enquanto as coisas assim estiverem), ou seja, o contrato era obrigatório em seus exatos termos se a situação entre as partes permanecesse a mesma até o cumprimento integral das obrigações. Se houvesse sensível alteração, o contrato poderia ser revisto.

Veremos mais adiante que, exatamente por isso, parte dos pensadores considera que a **doutrina** e a **jurisprudência** NÃO são fonte autônoma do direito, mas parte dos costumes (na origem científica).

Outra classificação importante (a mais citada e cobrada) é quanto ao **alcance**. Os costumes podem ser *contra legem*, *praeter legem* ou *secundum legem*.





O costume **contra legem** (costume negativo) é aquele contrário ao que dispõe a lei. Em outras palavras, a prática reiterada e constante em contraposição à norma, com a crença na impossibilidade de incidência da respectiva sanção. O costume negativo **NÃO tem força para afastar a norma** do ordenamento jurídico (só lei revoga lei). Em suma, o costume *contra legem* NÃO é normalmente admitido. Porém, há posicionamentos (polêmicos) de que ele pode levar à inefetividade da lei, isto é, à inviabilidade de sua incidência no campo social. Um exemplo sempre citado é o desrespeito ao sinal vermelho durante a madrugada (especialmente em grandes cidades, evitando assaltos)⁸. Mas, sem dúvida alguma, o caso mais polêmico no Brasil é o da casa de prostituição.



(TRF - 1ª REGIÃO/2017/Técnico Judiciário) Acerca da vigência, aplicação, interpretação e integração das leis bem como da sua eficácia no tempo e no espaço, julgue o item a seguir.

Admite-se o costume *contra legem* como instrumento de integração das normas.

Comentários

Prevalece que o costume *contra legem* não é admitido no direito brasileiro. Não há costume ab-rogatório (revogação das leis pelos costumes), pois só uma lei pode revogar outra lei. O próprio desuetudo (perda da eficácia normativa pela não aplicação - ineficácia social) é bastante questionado: o fato de o "jogo do bicho" ser prática corriqueira em muitos lugares não retira o seu caráter ilícito (contravenção penal).

A assertiva é **ERRADA**. E essa é a resposta mais **SEGURA** para fins e provas objetivas. Em provas subjetivas é possível problematizar.

⁸ Mesmo Kelsen, em seu positivismo jurídico radical, admite que se a norma não goza de um mínimo de eficácia social (se nem em parte é aplicada e respeitada), não deverá ser considerada como válida (vigente).





JURISPRUDÊNCIA

“O delito previsto no artigo 229 do Código Penal, qual seja, manutenção de casa de prostituição, acompanhando o entendimento doutrinário e jurisprudencial, trata-se de conduta atípica. O referido tipo penal, a despeito de sua tipicidade formal, não possui tipicidade material, já que **tolerado pela sociedade e pelo Estado - Administração**. Diz-se, portanto, que inexistente crime na conduta de manter em funcionamento casa de prostituição localizada em zona de baixo meretrício e devidamente autorizada pelos órgãos competentes, com fiscalização ou sem oposição de restrições pelo Poder Público. A concessão de alvarás de localização e funcionamento a boates, motéis e outros estabelecimentos dessa natureza, com a cobrança de taxas e impostos, retira a justificativa racional e jurídica para a condenação de quem mantém esse tipo de estabelecimento” (TJES, ACr nº 64040005783, 14/01/2009).

O costume **praeter legem** é aquele que vai além da lei, buscando suprir as lacunas da norma escrita (**colmatação**) e, portanto, possui caráter supletivo (regula situações não descritas na norma positivada). Um vívido exemplo é o do cheque. É prática absolutamente comum a emissão de cheque pré-datado (ou pós-datado), o famoso “bom para”. Tal conduta não desnatura o título de crédito, tanto que se apresentado ao banco sacado de imediato (pela lei, cheque é pagamento à vista) será pago ou devolvido por ausência de provisão de fundos. Contudo, o costume supletivo atua de tal forma que a jurisprudência assentou: “caracteriza dano moral a apresentação antecipada de cheque pré-datado” (STJ, Súmula 370).



QUESTÕES PARA MEMORIZAÇÃO

(2015/FCC/TJSC/Juiz) Dêste modo, quando surge no seu logrador um animal alheio, cuja marca conhece, o restitui de pronto. No caso contrário, conserva o intruso, tratando-o como aos demais. Mas não o leva à feira anual, nem o aplica em trabalho algum; deixa-o morrer de velho. Não lhe pertence. Se é uma vaca e dá cria, ferra a esta com o mesmo sinal desconhecido, que reproduz com perfeição admirável; e assim pratica com tôda a descendência daquela. De quatro em quatro bezerros, porém, separa um, para si. É a sua paga. Estabelece com o patrão desconhecido o mesmo convênio que tem com o outro. E cumpre estritamente, sem juízes e sem testemunhas, o estranho contrato, que ninguém escreveu ou sugeriu. Sucede muitas vêzes ser decifrada, afinal, uma marca somente depois de muitos anos, e o criador feliz receber, ao invés da peça única que lhe fugira e da qual se deslembra, uma ponta de gado, todos os produtos dela. Parece fantasia êste fato, vulgar, entretanto, nos sertões. (Euclides da Cunha - Os sertões. 27. ed. Editôra Universidade de Brasília, 1963, p. 101).



O texto acima, sobre o vaqueiro, identifica

- a) espécie de lei local, de cujo teor ou vigência o juiz pode exigir comprovação.
- b) a analogia, como um meio de integração do Direito.
- c) um princípio geral de direito, aplicável aos contratos verbais.
- d) o uso ou costume como fonte ou forma de expressão do Direito.
- e) a equidade que o juiz deve utilizar na solução dos litígios.

Comentários

ALTERNATIVA A = nada se falou na existência de lei local.

ALTERNATIVA B = analogia é aplicação de lei a caso semelhante, não regulado especificamente pelo ordenamento.

ALTERNATIVA C = poderia se falar em um princípio geral de vedação ao enriquecimento ilícito, mas o caso é tão claro de *costume praeter legem*, que dá para marcar sem dúvidas!

ALTERNATIVA E = equidade é a flexibilização da lei para fins de obter o justo no caso concreto

ALTERNATIVA D = descrição de prática costumeira e constante, com crença de obrigatoriedade, ou seja, **COSTUME**.

A alternativa correta é a **D**.

O costume ***secundum legem*** é o que a lei absorveu (passando de fonte secundária para fonte principal). Veja o que estabelece o artigo 113 do Código Civil: “os negócios jurídicos devem ser interpretados conforme a boa-fé e os usos do lugar de sua celebração”. E não para por aí. Confira o artigo 187 da lei *substantiva* civil (ah, lembra da classificação das normas segundo a natureza?): “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Duvido que você imaginava que os costumes eram tão importantes quanto realmente são!⁹ Claro que em nossa tradição romano-germânica (direito escrito), os costumes têm menos peso do que no direito anglo-saxão. Ainda assim, eles compõem a espinha dorsal do nosso ordenamento jurídico – fonte da fonte principal (inspiração) e elemento de integração (isso quando não desafiam a lei

⁹ Claro que as fontes estatais acabam tendo certa prevalência ordinária em relação às fontes de caráter puramente social, muito em razão de sua formulação institucional (por autoridade revestida de legitimidade). Mas essa é a apenas a regra geral, que, como vimos, comporta exceções.



frontalmente e podem levar à inefetividade social desta). Por isso, amig@, fique atent@ ao tema!

1.1.6 DOCTRINA

A doutrina é o direito científico, é o conjunto organizado de inquietações (pesquisas, perguntas e respostas) dos estudiosos, dos cultores do direito (jurisperitos).



CURIOSIDADE

A palavra doutrina tem origem na palavra latina *doctrina*, derivante do verbo *doceo*, que significa ensinar, instruir.

Como já adiantado, muitos pensadores não consideram a doutrina como fonte formal autônoma do direito, mas sim como costume científico, a opinião comum, reiterada, considerada correta pelos doutores (*communis opinio doctorum*).

No Brasil, esse entendimento é reforçado pelo fato de a doutrina não constar do artigo 4º da LINDB¹⁰. De toda forma, há autores que entendem que referido rol é meramente exemplificativo (*numerus apertus*) e que em outros países a doutrina é expressamente referida entre as fontes do direito, podendo-se citar ilustrativamente o Código Civil Suíço de 1907.

Agora, verdade seja dita, se a doutrina não é fonte do direito, de onde é que tiraram, por exemplo, o **princípio da insignificância**??? Tudo bem que sua origem remonta ao Direito Romano (máxima *minimis non curat praetor* - o pretor não cuida de minudências), mas é certo que a doutrina "garantista" do direito penal (como a do italiano Luigi Ferrajoli e do argentino Eugenio Raúl Zaffaroni) é sua fonte contemporânea, sendo diuturnamente aplicado para afastar a tipicidade de crimes sem que haja tal previsão legal no direito brasileiro.



ESQUEMATIZANDO

¹⁰ "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito".



A doutrina tem como funções: (a) determinar a forma como o direito é ensinado; (b) influenciar o legislador (na criação, revogação e sistematização das normas); (c) auxiliar os magistrados na resolução dos casos concretos; (d) contribuir para a melhor interpretação das leis; (e) elucidar a aplicação do direito em geral (fontes formais e materiais).

1.1.7 JURISPRUDÊNCIA

Nas palavras do saudoso jurista tupiniquim Miguel Reale, jurisprudência é “forma de revelação do direito em que se processa através do exercício da jurisdição, em virtude de uma sucessão harmônica de decisões dos tribunais”¹¹.

Vulgarmente, chama-se de jurisprudência qualquer decisão judicial (mesmo que isolada). É normal encontrar citações do tipo “conforme a jurisprudência” seguidas de um *precedente*. Do ponto de vista técnico, contudo, só se pode falar em jurisprudência quando há uma série de decisões reiteradas e pacíficas (ou muito próximas disso), mediante o emprego de interpretações uníssonas às fontes do direito.

Jurisprudência é conjunto de decisões judiciais reiteradas, constantes e harmônicas, resolvendo casos semelhantes, de modo a constituir uma norma geral aplicável a todos os casos similares.



CURIOSIDADE

A palavra jurisprudência tem origem (etimologia) nos termos *juris* + *prudencia*, que remonta aos pronunciamentos do direito (do justo, do correto) pelos prudentes – jurisconsultos leigos que atuaram

no Império Romano e foram responsáveis por quebrar o monopólio (na interpretação das leis) até então detido pelos sacerdotes.

São vários os efeitos decorrentes da jurisprudência (a) adequação da lei ao caso concreto (interpretação); (b) tornar viva a norma (vivificar), que de outro modo seria apenas um protótipo abstrato, aplicando-a na vida social; (c) dar caráter pessoal à norma (humanizar) – a lei é um preceito geral, só atingindo efetivamente os homens pela decisão do juiz; (d) suplementar a lei, integrando-lhe as lacunas; (e)

¹¹ *Lições preliminares de direito*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 167.



modernizar (rejuvenescer) a norma, adequando velhas normas a novas realidades sociais (via interpretação).

Todos esses desdobramentos não impedem de haver quem negue à jurisprudência o status de fonte do direito, pois esta **apenas revelaria o direito existente**. Para os *negativistas*, o fato de ela não ser citada no artigo 4º da LINDB (o mesmo que já vimos em relação aos costumes) indica ser mera forma de interpretação das fontes formais. Na divergência de Miguel Reale:

“Se uma regra é, no fundo, a sua interpretação, isto é, aquilo que se diz ser o seu significado, não há como negar à Jurisprudência a categoria de fonte do Direito, visto como ao juiz é dado armar de obrigatoriedade aquilo que se declara ser ‘de direito’ no caso concreto”¹².

Em contraposição ainda mais radical, os *jurisprudencialistas* referem que a jurisprudência é o direito vivo, de modo que, considerando a qualidade dinâmica do ordenamento, pode até mesmo se contrapor à lei.



(Ano: 2016 Banca: MPE-SC Órgão: MPE-SC Prova: Promotor de Justiça)

Partindo-se do pressuposto de que o significado de uma norma jurídica pode ser extraído de sua interpretação, não há como negar à Jurisprudência a categoria de fonte do direito, doutrinariamente classificada como fonte material.

CERTO ou ERRADO

Comentários

PEGADINHA! Ao ler o enunciado, o foco do candidato recai sobre a polêmica acerca da jurisprudência ser ou não fonte **formal** do direito. Pois bem, aí o enunciado diz que a jurisprudência é classificada doutrinariamente como fonte material. **NÃO!!!** Fontes formais são as formas pelas quais o direito se manifesta (ex: lei, costumes e, para alguns, doutrina e jurisprudência); já as fontes materiais são os fatores que interferem e condicionam a formação das normas (ex: razão política, ideológica, econômica, etc.).

¹² Lições preliminares de direito, p. 169.



A assertiva está, portanto, **ERRADA** em vista de a jurisprudência ser fonte formal do direito.

De toda forma, prevalece que a jurisprudência é fonte secundária, não podendo se contrapor à lei – em que pese, em tempos de ativismo judicial exacerbado, os órgãos de cúpula do Judiciário (no Brasil, em especial o STF) não se intimidam em desconsiderar a lei para impor sua visão de mundo (normalmente, sob a égide dos princípios constitucionais¹³).

1.1.8 PRINCÍPIOS GERAIS DO DIREITO

Os princípios gerais do direito são proposições de caráter geral que englobam implicitamente um *conjunto de normas*. São tanto cânones que orientam a produção dos efeitos das normas quanto diretrizes para a integração (ou colmatação) de lacunas no sistema.

Um dos maiores exemplos atuais é o da *boa-fé*, princípio geral do qual se extraem muitos desdobramentos (normas). Primeiro porque há *boa-fé objetiva* (regra de comportamento voltada à eticidade = honestidade, retidão, lealdade, consideração pelo outro) e *subjetiva* (fator psicológico de conhecimento = protege aquele que pensa estar agindo corretamente, apesar de a realidade ser outra). Depois porque a *boa-fé objetiva* desdobra-se em pelo menos três funções: (a) *interpretativa* = norteia toda a interpretação das relações pessoais (ex: contratuais); (b) *integrativa* = é fonte autônoma de obrigações, impondo deveres anexos às relações pessoais, independente da vontade das partes (ex: informação, lealdade, transparência); (c) *limitadora, restritiva ou de controle* = impede o exercício (ou não exercício) de direitos de forma abusiva (ex: limitação de juros abusivos).

Dito isso, prontos para mais uma classificação? 😊 *Sorry about that!* Os princípios podem ser classificados conforme seu **alcance** em: (a) *omnivalentes*: aplicáveis a todos os ramos do direito, como ocorre com a citada *boa-fé* (incide no direito civil, penal, administrativo, tributário...); (b) *polivalentes*: incidem em alguns ramos do direito, mas não em outros, a exemplo do que ocorre com o contraditório, que é estranho ao direito material (civil e penal), mas fundamental ao direito processual

¹³ Os **princípios**, adotados sem excesso, além de fortalecer a magistratura, privilegiam a função legislativa (passam longe de a desprestigiar). Foi assim que Dworking os estabeleceu: para evitar o arbítrio (decisionismo) nos *hard cases* (não solucionáveis pela lei), o que garantiria uma decisão técnica e com base em norma prévia. Agora, quando eles viram “pau para toda obra”, voltamos ao “decido porque quero” – muito ao contrário de estabelecer limites à interpretação, passam a legitimar decisões que podem ser consideradas arbitrárias.



(tanto civil como penal); (c) *monovalentes*: aplicam-se a apenas um ramo do direito (ex: reciprocidade no direito internacional público); (d) *setoriais*: incidem somente em um aspecto dentro de um ramo do direito (ex: individualização do bem de raiz, que determina, nos registros públicos, que cada matrícula se refira a um único imóvel).

É comum que os princípios gerais do direito sejam manifestados em **brocardos jurídicos**, máximas quase sempre expressas em latim. Aqui vão alguns exemplos: *dura lex, sed lex* = a lei é dura, mas é a lei (positivismo?); *iura novit curia* = o juiz conhece o direito, então *da mihi factum, dabo tibi jus* = dá-me os fatos que te dou o direito; *pacta sunt servanda* = os pactos devem ser cumpridos (força obrigatória dos contratos); *ne procedat iudex ex officio* = o juiz não agirá de ofício (inércia da jurisdição); e por aí vai...



CURIOSIDADE

A palavra **Brocardo** decorre de um nome próprio, mais especificamente de Burckard ou Burchard, um **bispo de Worms**, no Sacro Império Romano-Germânico (Século XI), autor de uma compilação de

vinte volumes de direito canônico chamada *Regulae Ecclesiasticae* (Regras Eclesiásticas), que incluíam diversas máximas e axiomas.

2 QUESTÕES



HORA DE
PRATICAR!

2.1.1 QUESTÕES SEM COMENTÁRIOS

Q1. Ano: 2011 Banca: FUMARC Órgão: PC-MG Prova: Escrivão de Polícia Civil

São fontes do Direito:

- a) a ética, a moral, a religião, a lei e a analogia.
- b) a lei, a jurisprudência, a sanção, a coação e a coerção.
- c) a política, os costumes, os fatos, os atos normativos e administrativos.



d) a lei, os costumes, a analogia, a doutrina e a jurisprudência.

**Q2. Ano: 2018 Banca: CONSULPLAN Órgão: Câmara de Belo Horizonte - MG
Prova: Procurador**

"A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estatui expressamente que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com _____." Assinale a alternativa que NÃO completa corretamente a afirmativa anterior.

- a) analogia
- b) costumes
- c) princípios gerais do direito
- d) fins sociais a que a lei se dirige

Q3. Ano: 2017 Banca: IESES Órgão: ALGÁS Prova: Analista de Projetos Organizacionais - Jurídica

As fontes do direito podem ser classificadas através das leis, dos costumes, da jurisprudência, da equidade e da doutrina. Desta forma entende-se:

- a) Jurisprudência é o conjunto de decisões sobre interpretações de leis, feita pelos tribunais de determinada jurisdição, já os Costumes são as regras sociais derivadas de práticas reiteradas, generalizadas e prolongadas, o que resulta numa convicção de obrigatoriedade, de acordo com a sociedade e cultura em particular.
- b) A Doutrina é a produção realizada por pensadores, juristas e filósofos do direito, concentrados nos mais diversos temas relacionados às ciências humanas e as leis são normas ou conjunto de normas jurídicas criadas por juristas autônomos.
- c) Costumes são as adaptações das regras existentes sobre situações concretas que priorizam critérios de justiça e igualdade, já a equidade determina a relação da norma com as práticas existentes priorizando a justiça social.
- d) Doutrina, jurisprudência, costumes, leis e equidade são fontes das ciências humanas.

Q4. Ano: 2016 Banca: MPE-SC Órgão: MPE-SC Prova: Promotor de Justiça

De acordo com o Decreto-lei n. 4657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) são formas de integração jurídica a analogia, os costumes e



os princípios gerais de direito. Quanto aos costumes, a legislação refere-se a espécie *praeter legem*, ou seja, aquele que intervém na falta ou omissão da lei, apresentando caráter supletivo.

Q5. OAB XXV 2018

A ideia da existência de lacuna é um desafio ao conceito de completude do ordenamento jurídico. Segundo o jusfilósofo italiano Norberto Bobbio, no livro *Teoria do Ordenamento Jurídico*, pode-se completar ou integrar as lacunas existentes no Direito por intermédio de dois métodos, a saber: heterointegração e autointegração.

Assinale a opção que explica como o jusfilósofo define tais conceitos na obra em referência.

a) O primeiro método consiste na integração operada por meio de recursos a ordenamentos diversos e a fontes diversas daquela que é dominante; o segundo método consiste na integração cumprida por meio do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos.

b) A heterointegração consiste em preencher as lacunas recorrendo-se aos princípios gerais do Direito, uma vez que estes não estão necessariamente incutidos nas normas do Direito positivo; já a autointegração consiste em solucionar as lacunas por meio das convicções pessoais do intérprete.

c) O primeiro método diz respeito à necessidade de utilização da jurisprudência como meio adequado de solucionar as lacunas sem gerar controvérsias; por outro lado, o segundo método implica buscar a solução da lacuna por meio de interpretação extensiva.

d) A heterointegração exige que o intérprete busque a solução das lacunas nos tratados e nas convenções internacionais de que o país seja signatário; por seu turno, a autointegração está relacionada à busca da solução na jurisprudência pátria.

Q6. OAB XXII 2017

Um sério problema com o qual o advogado pode se deparar ao lidar com o ordenamento jurídico é o das antinomias. Segundo Norberto Bobbio, em seu livro *Teoria do Ordenamento Jurídico*, são necessárias duas condições para que uma antinomia ocorra.

Assinale a opção que, segundo o autor da obra em referência, apresenta tais condições.



- a) As duas normas em conflito devem pertencer ao mesmo ordenamento; as duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade, seja temporal, espacial, pessoal ou material.
- b) Ambas as normas devem ter procedido da mesma autoridade legislativa; as duas normas em conflito não devem dispor sobre uma mesma matéria.
- c) Ocorre no âmbito do processo judicial quando há uma divergência entre a decisão de primeira instância e a decisão de segunda instância ou quando um tribunal superior de natureza federal confirma a decisão de segunda instância.
- d) As duas normas aplicáveis não apresentam uma solução satisfatória para o caso; as duas normas não podem ser integradas mediante recurso a analogia ou costumes.

Q7. 2014 OAB XIV

O jusfilósofo alemão Gustav Radbruch, após a II Guerra Mundial, escreve, como circular dirigida aos seus alunos de Heidelberg, seu texto "Cinco Minutos de Filosofia do Direito", na qual afirma: "Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas."

De acordo com a fórmula de Radbruch,

- a) embora as leis injustas sejam válidas e devam ser obedecidas, as leis extremamente injustas perderão a validade e o próprio caráter de jurídicas, sendo, portanto, dispensada sua obediência.
- b) apenas a lei justa pode ser considerada jurídica, pois a lei injusta não será direito.
- c) o direito é o mínimo ético de uma sociedade, de forma que qualquer lei injusta não será direito.
- d) o direito natural é uma concepção superior ao positivismo jurídico; por isso, a justiça deve sempre prevalecer sobre a segurança.

Q8. 2016 OAB XX

"O direito não é uma simples ideia, é uma força viva" (Rudolf von Ihering)

Em seu texto "A Luta pelo Direito", o jurista alemão Rudolf von Ihering apresenta o conceito de direito a partir da ideia de luta social.

Assinale a afirmativa que expressa o sentido que, no trecho citado, Ihering confere ao direito.



- a) Trabalho incessante e uma luta sem tréguas nos quais participam o Poder Público e toda a população, isto é, qualquer pessoa que se veja na contingência de ter de afirmar seu direito.
- b) Uma luta permanente que é travada por parlamentares no âmbito da arena legislativa, que o fazem em nome da população a partir das eleições que configuram o processo democrático de legitimação popular.
- c) O resultado dinâmico da jurisprudência que cria e recria o direito a partir das demandas de cada caso concreto, adaptando a lei ao mundo real.
- d) O produto das relações industriais e comerciais que são livremente travadas por agentes econômicos, trabalhadores e empregadores e que definem, no contexto de uma luta concreta, o sentido próprio das leis.

Q9. Ano: 2018 Banca: VUNESP Órgão: PGE-SP Prova: Procurador do Estado

A ausência de norma justa, caracterizada pela existência de um preceito normativo, que, se aplicado, resultará solução insatisfatória ou injusta, caracteriza lacuna

- a) ontológica ou *iure condendo*.
- b) axiológica ou *iure condendo*.
- c) axiológica ou *iure condito*.
- d) ideológica ou *iure condito*.
- e) ontológica ou *iure condito*.

Q10. 2014 OAB XIII

Segundo Chaïm Perelman, ao tratar da argumentação jurídica na obra *Lógica Jurídica*, a decisão judicial aceitável deve satisfazer três auditórios para os quais ela se destina.

Assinale a alternativa que indica corretamente os auditórios.

- a) A opinião pública, o parlamento e as cortes superiores.
- b) As partes em litígio, os profissionais do direito e a opinião pública.
- c) As partes em litígio, o parlamento e as cortes superiores.
- d) As cortes superiores, os organismos internacionais e os profissionais do direito.



2.1.2 GABARITO



Q1. D
Q2. D
Q3. A
Q4. CORRETA
Q5. A
Q6. A
Q7. A
Q8. A
Q9. B
Q10. B



2.1.3 QUESTÕES COM COMENTÁRIOS



Q1. 2011 Banca: FUMARC Órgão: PC-MG Prova: Escrivão de Polícia Civil

São fontes do Direito:

- a) a ética, a moral, a religião, a lei e a analogia.
- b) a lei, a jurisprudência, a sanção, a coação e a coerção.
- c) a política, os costumes, os fatos, os atos normativos e administrativos.
- d) a lei, os costumes, a analogia, a doutrina e a jurisprudência.

Comentários

Questão polêmica. Paulo Nader afirma que "a analogia não é fonte formal do Direito, porque não cria normas jurídicas, apenas conduz o intérprete ao seu encontro" (Introdução ao Estudo do Direito. 19. ed. 2000, p. 188). Em concordância, Paulo Dourado de Gusmão assenta que a analogia é técnica de integração das normas jurídicas, utilizada tão somente quando há lacuna na lei. Por outro lado, Caio Mário (Instituições de Direito Civil, vol. 1, p. 72), aponta que a analogia é verdadeira fonte de direito, ainda que subsidiária. A questão até poderia ser anulada.

De toda forma, **concurseiro bom não perde a chance de acertar**: moral e religião (A), sanção, coação e coerção (B) e política (C), evidentemente não são fontes do direito. Então, por exclusão, só sobrava a alternativa D.

Em vista disso, a **alternativa D** é o gabarito da questão.

Q2. Ano: 2018 Banca: CONSULPLAN Órgão: Câmara de Belo Horizonte - MG Prova: Procurador

"A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro estatui expressamente que quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com _____." Assinale a alternativa que NÃO completa corretamente a afirmativa anterior.

- a) analogia
- b) costumes



- c) princípios gerais do direito
- d) fins sociais a que a lei se dirige

Comentários

Conforme artigo 4º da LINDB: "quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais do direito". A questão buscou confundir o candidato, já que o artigo 5º da mesma lei estabelece que "na **aplicação da lei**, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum".

Em vista disso, a **alternativa D** é a correta e gabarito da questão.

Q3. Ano: 2017 Banca: IESES Órgão: ALGÁS Prova: Analista de Projetos Organizacionais - Jurídica

As fontes do direito podem ser classificadas através das leis, dos costumes, da jurisprudência, da equidade e da doutrina. Desta forma entende-se:

- a) Jurisprudência é o conjunto de decisões sobre interpretações de leis, feita pelos tribunais de determinada jurisdição, já os Costumes são as regras sociais derivadas de práticas reiteradas, generalizadas e prolongadas, o que resulta numa convicção de obrigatoriedade, de acordo com a sociedade e cultura em particular.
- b) A Doutrina é a produção realizada por pensadores, juristas e filósofos do direito, concentrados nos mais diversos temas relacionados às ciências humanas e as leis são normas ou conjunto de normas jurídicas criadas por juristas autônomos.
- c) Costumes são as adaptações das regras existentes sobre situações concretas que priorizam critérios de justiça e igualdade, já a equidade determina a relação da norma com as práticas existentes priorizando a justiça social.
- d) Doutrina, jurisprudência, costumes, leis e equidade são fontes das ciências humanas.

Comentários

Assertiva B = as leis não são criadas por "juristas autônomos", mas por legisladores estatais (autoridade competente conforme a Constituição).

Assertiva C = o primeiro conceito apresentado "são as adaptações das regras existentes sobre situações concretas que priorizam critérios de justiça e igualdade" é o de equidade, a qual também não é definida pelo segundo conceito, "relação da norma com as práticas existentes priorizando a justiça social - está mais para a escola da livre interpretação do direito.



Assertiva D = doutrina, jurisprudência, costumes e leis são fontes do direito (a equidade é método de interpretação). As ciências humanas são bem mais amplas, englobando economia, sociologia, filosofia, histórias... disciplinas que, por evidente, contam com outras fontes.

Assertiva A = o conceito de jurisprudência apresentado não é o melhor do mundo. Tecnicamente, não basta dizer que é o "conjunto de decisões sobre interpretações de leis, feita pelos tribunais de determinada jurisdição", devendo ser também reiteradas, constantes e pacíficas (ou muito próximas disso), resolvendo casos semelhantes mediante o emprego de interpretações uníssonas às fontes do direito, constituindo uma norma geral aplicável a todos os casos similares. Os costumes estão melhor definidos como "regras sociais derivadas de práticas reiteradas, generalizadas e prolongadas, o que resulta numa convicção de obrigatoriedade, de acordo com a sociedade e cultura em particular" (continuidade, uniformidade, diuturnidade, crença na obrigatoriedade). Por exclusão, era a alternativa que sobrava (a mais correta ou menos errada).

Em vista disso, a **alternativa A** é o gabarito da questão.

Q4. Ano: 2016 Banca: MPE-SC Órgão: MPE-SC Prova: Promotor de Justiça

De acordo com o Decreto-lei n. 4657/42 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro) são formas de integração jurídica a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito. Quanto aos costumes, a legislação refere-se a espécie *praeter legem*, ou seja, aquele que intervém na falta ou omissão da lei, apresentando caráter supletivo.

Comentários

O costume contra *legem* é fonte de acesa polêmica, mas a doutrina majoritária o entende como inadmissível no direito brasileiro. O costume *secundum legem* é o que foi incorporado pela lei. Já o *praeter legem* é o costume como fonte por excelência, adotado como meio de integração (suplementar à lei).

Em vista disso, a **alternativa** está **CORRETA** (é o gabarito da questão).

Q5. OAB XXV 2018

A ideia da existência de lacuna é um desafio ao conceito de completude do ordenamento jurídico. Segundo o jusfilósofo italiano Norberto Bobbio, no livro Teoria do Ordenamento Jurídico, pode-se completar ou integrar as lacunas existentes no Direito por intermédio de dois métodos, a saber: heterointegração e autointegração.

Assinale a opção que explica como o jusfilósofo define tais conceitos na obra em referência.



- a) O primeiro método consiste na integração operada por meio de recursos a ordenamentos diversos e a fontes diversas daquela que é dominante; o segundo método consiste na integração cumprida por meio do mesmo ordenamento, no âmbito da mesma fonte dominante, sem recorrência a outros ordenamentos.
- b) A heterointegração consiste em preencher as lacunas recorrendo-se aos princípios gerais do Direito, uma vez que estes não estão necessariamente incutidos nas normas do Direito positivo; já a autointegração consiste em solucionar as lacunas por meio das convicções pessoais do intérprete.
- c) O primeiro método diz respeito à necessidade de utilização da jurisprudência como meio adequado de solucionar as lacunas sem gerar controvérsias; por outro lado, o segundo método implica buscar a solução da lacuna por meio de interpretação extensiva.
- d) A heterointegração exige que o intérprete busque a solução das lacunas nos tratados e nas convenções internacionais de que o país seja signatário; por seu turno, a autointegração está relacionada à busca da solução na jurisprudência pátria.

Comentários

Essa questão entra no bloco que comentamos como de maluquice do examinador: classificação pouco usual e irrelevante do ponto de vista prático. De toda forma, **o pior adversário do candidato/concurseiro/estudante é ele mesmo**. Os termos demandados no enunciado podem assuntar, mas, na verdade, são até simples. Dá para responder à questão sem nunca ter lido o livro do Bobbio. Vejamos. HETERO: outro (de fora); AUTO: próprio (de si mesmo). A alternativa A fala em ordenamentos e fontes diversas (outros - de fora) e em mesmo ordenamento (auto - de dentro). Parece correto, não? Vamos espiar as demais alternativas. "Solucionar as lacunas por meio das convicções pessoais do intérprete" (B)? Pode isso? Claro que não! O que jurisprudência e interpretação extensiva (C) têm a ver com hetero e auto? A princípio (e ao cabo), absolutamente nada! A assertiva D é a que poderia causar dúvida: tratados internacionais (hetero) e jurisprudência pátria (auto). Mas a questão aqui não é necessariamente de internacionalidade, mas de fonte prevalente.

Em vista disso, a **alternativa A** é a correta e gabarito da questão.

Q6. OAB XXII 2017

Um sério problema com o qual o advogado pode se deparar ao lidar com o ordenamento jurídico é o das antinomias. Segundo Norberto Bobbio, em seu livro Teoria do Ordenamento Jurídico, são necessárias duas condições para que uma antinomia ocorra.



Assinale a opção que, segundo o autor da obra em referência, apresenta tais condições.

- a) As duas normas em conflito devem pertencer ao mesmo ordenamento; as duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade, seja temporal, espacial, pessoal ou material.
- b) Ambas as normas devem ter procedido da mesma autoridade legislativa; as duas normas em conflito não devem dispor sobre uma mesma matéria.
- c) Ocorre no âmbito do processo judicial quando há uma divergência entre a decisão de primeira instância e a decisão de segunda instância ou quando um tribunal superior de natureza federal confirma a decisão de segunda instância.
- d) As duas normas aplicáveis não apresentam uma solução satisfatória para o caso; as duas normas não podem ser integradas mediante recurso a analogia ou costumes.

Comentários

Assertiva B = normalmente as duas normas em conflito dispõem sobre a mesma matéria (senão não há conflito).

Assertiva C = piada! É claro que não há antinomia, apenas cumprimento natural do duplo grau de jurisdição.

Assertiva D = o fato de duas normas não apresentarem solução satisfatória ao caso em nada se relaciona com antinomia.

Assertiva A = correto! As duas normas em conflito devem pertencer ao mesmo ordenamento; as duas normas devem ter o mesmo âmbito de validade, seja temporal, espacial, pessoal ou material.

Em vista disso, a **alternativa A** é a correta e gabarito da questão.

Q7. 2014 OAB XIV

O jusfilósofo alemão Gustav Radbruch, após a II Guerra Mundial, escreve, como circular dirigida aos seus alunos de Heidelberg, seu texto "Cinco Minutos de Filosofia do Direito", na qual afirma: "Esta concepção da lei e sua validade, a que chamamos Positivismo, foi a que deixou sem defesa o povo e os juristas contra as leis mais arbitrárias, mais cruéis e mais criminosas."

De acordo com a fórmula de Radbruch,

- a) embora as leis injustas sejam válidas e devam ser obedecidas, as leis extremamente injustas perderão a validade e o próprio caráter de jurídicas, sendo, portanto, dispensada sua obediência.
- b) apenas a lei justa pode ser considerada jurídica, pois a lei injusta não será direito.



- c) o direito é o mínimo ético de uma sociedade, de forma que qualquer lei injusta não será direito.
- d) o direito natural é uma concepção superior ao positivismo jurídico; por isso, a justiça deve sempre prevalecer sobre a segurança.

Comentários

A fórmula de Radbruch cria uma escala para determinar a validade das leis. Primeiro, verifica-se se todos os requisitos formais foram respeitados. Se sim, tem-se, hipoteticamente, uma norma válida. Só que em seguida cabe perscrutar sobre a justiça que emana da lei (capacidade de levar ao igual tratamento entre todos – medir todos os homens pela mesma régua). Caso a norma se mostre **extremamente** injusta (nega a igualdade, permitindo a uns o que se proíbe a outros) **perde a validade**. Assim, mantém-se a segurança jurídica enquanto valor base para o funcionamento do direito (e da sociedade), mas em situações extremas o formalismo pode ser flexibilizado em prol do ideal de justiça do Direito.

Em vista disso, a **alternativa A** é a correta e gabarito da questão.

Q8. 2016 OAB XX

“O direito não é uma simples ideia, é uma força viva” (Rudolf von Ihering)

Em seu texto “A Luta pelo Direito”, o jurista alemão Rudolf von Ihering apresenta o conceito de direito a partir da ideia de luta social.

Assinale a afirmativa que expressa o sentido que, no trecho citado, Ihering confere ao direito.

- a) Trabalho incessante e uma luta sem tréguas nos quais participam o Poder Público e toda a população, isto é, qualquer pessoa que se veja na contingência de ter de afirmar seu direito.
- b) Uma luta permanente que é travada por parlamentares no âmbito da arena legislativa, que o fazem em nome da população a partir das eleições que configuram o processo democrático de legitimação popular.
- c) O resultado dinâmico da jurisprudência que cria e recria o direito a partir das demandas de cada caso concreto, adaptando a lei ao mundo real.
- d) O produto das relações industriais e comerciais que são livremente travadas por agentes econômicos, trabalhadores e empregadores e que definem, no contexto de uma luta concreta, o sentido próprio das leis.

Comentários

Questão requeitada. Houve cobrança praticamente idêntica no concurso anterior.



Assertiva B = limitou a luta à travada por “parlamentares no âmbito da arena legislativa”, sendo que o caso é de uma luta ampla que envolve todos os atores sociais.

Assertiva C = novamente há limitação indevida dos agentes de transformação: “resultado dinâmico da jurisprudência”.

Assertiva D = “produto das relações industriais e comerciais” se aproxima do conceito marxista de luta de classes.

Assertiva A = agora sim: “trabalho incessante e uma luta sem tréguas nos quais participam o Poder Público e toda a população, isto é, qualquer pessoa que se veja na contingência de ter de afirmar seu direito”.

Em vista disso, a **alternativa A** é a correta e gabarito da questão.

Q9. Ano: 2018 Banca: VUNESP Órgão: PGE-SP Prova: Procurador do Estado

A ausência de norma justa, caracterizada pela existência de um preceito normativo, que, se aplicado, resultará solução insatisfatória ou injusta, caracteriza lacuna

- a) ontológica ou *iure condendo*.
- b) axiológica ou *iure condendo*.
- c) axiológica ou *iure condito*.
- d) ideológica ou *iure condito*.
- e) ontológica ou *iure condito*.

Comentários

Questão para quem sabe *LATIM!* É amigo(a)... quem disse que a vida é fácil?

Vamos aos conceitos: na lacuna **ontológica** existe lei, mas sem eficácia social - há dissociação entre a previsão normativa e a realidade social. **Ideológica** ou **axiológica** são “sinônimos”, lacuna em que há falta de norma jurídica satisfatória ou justa, isto é, adequada à solução dos casos concretos.

Agora vamos ao latim: a ideia do radical *cond* é **construir**.

Condens: participio presente ativo = está-se construindo neste momento.

Condito: passado passivo = foi construído no passado.

Conditurus: futuro ativo = vai construir (*nasciturus* - quem vai nascer)

Condendo: futuro passivo = deve ser construído.



Então: ***iure condito*** = direito construído, já criado, positivo, ontológico. ***iure condendo*** = direito que deve ser construído para o caso, pois a norma existente se mostra injusta (liga-se à lacuna axiológica ou ideológica).

Assertiva A = na lacuna ontológica a lei existente não goza de eficácia social.

Assertiva C e D = realmente, o enunciado remete à lacuna axiológica ou ideológica, mas não a *iure condito*.

Assertiva E = como já referido, não se trata de lacuna ontológica, nem de *iure condito*.

Assertiva B = isso! Temos na espécie a “existência de um preceito normativo, que, se aplicado, resultará solução insatisfatória ou injusta”, ou seja, lacuna **axiológica**, que leva à necessidade de se construir um direito para o caso concreto (***iure condendo***).

Em vista disso, a **alternativa C** é a correta e gabarito da questão.

Q10. 2014 OAB XIII

Segundo Chaïm Perelman, ao tratar da argumentação jurídica na obra *Lógica Jurídica*, a decisão judicial aceitável deve satisfazer três auditórios para os quais ela se destina.

Assinale a alternativa que indica corretamente os auditórios.

- a) A opinião pública, o parlamento e as cortes superiores.
- b) As partes em litígio, os profissionais do direito e a opinião pública.
- c) As partes em litígio, o parlamento e as cortes superiores.
- d) As cortes superiores, os organismos internacionais e os profissionais do direito.

Comentários

Chaïm Perelman é conhecido pela sua teoria da argumentação, na qual discute os pressupostos para que o discurso jurídico seja lógico (seus pressupostos de validade). Assenta que a decisão jurídica tem três destinatários, os quais devem ser convencidos do acerto do magistrado: **(1)** as partes em litígio, **(2)** os profissionais do direito e a **(3)** opinião pública. Uma decisão judicial deve satisfazer tais auditórios para que possa ser considerada legítima e juridicamente aceitável. As Cortes Superiores, o Parlamento e os organismos internacionais precisam ser convencidos apenas naquelas decisões que lhes interessem diretamente.

Em vista disso, a **alternativa B** é a correta e gabarito da questão.



3 RESUMO



RESUMINDO

Para finalizar o estudo da matéria, trago à baila um pequeno resumo dos principais aspectos estudados ao longo da aula (esquema para memorização). Sugiro que este resumo seja revisitado antes do início da aula seguinte, como forma de “refrescar” a memória. Além disso, respeitada a organização de estudos que os senhores e senhoras certamente possuem (se não possuem organização e planejamento, tratam de fazê-los kkkkk), a cada ciclo de estudos é bastante proveitoso retomar esses resumos. Caso encontrem dificuldade em compreender ou rememorar alguma informação, não deixem de retornar à aula.

--

3.1.1 CONCEITOS INICIAIS

- ↳ **Dogmática:** pauta-se nos dogmas (direito posto), sem questioná-los. Busca-se a solução prática do problema no sistema normativo.
- ↳ **Zetética:** problematiza as próprias normas, questionando-as.

3.1.2 CONCEITOS FUNDAMENTAIS

○ DIREITO:

- ↳ deriva do latim *directum* (de + rectum). Transparece a ideia de linha reta (aquilo que é correto). Jurídico deriva do latim *juridicus* (traduz a ideia de vínculo entre pessoas).

○ SIGNIFICADOS:

- ↳ Direito como **justo** = o justo é o valor fundamental perseguido pelo direito.
- ↳ Direito como **norma agendi** = a norma de agir (de conduta). Confunde-se com o direito objetivo.
- ↳ Direito como **facultas agendi** = faculdade de agir - possibilidade de efetivo exercício do direito por parte do sujeito.
- ↳ Direito como **ciência** = a ciência jurídica (dimensão dogmática do direito) estuda os ordenamentos jurídicos.



- ↳ Direito como **fato social** = aborda o direito do ponto de vista sociológico, analisando-o como estrutura social.
- CONCEITO: conjunto de normas (regras e princípios) que regula as condutas em sociedade, instituído por um ente soberano e imposto coativamente a todos.
- CAUSAS:
 - ↳ **Causa eficiente** geradora do direito (justifica sua existência).
 - ↳ **Causa final** = finalidade do direito (busca da justiça).
 - ↳ **Causa formal** = formas pelas quais o direito se expressa (fontes)
 - ↳ **Causa material** = materialidade (o que materializa o direito), isto é, a composição - o direito é composto especialmente por normas.
- CIÊNCIA JURÍDICA: as ciências naturais estudam o ser (com as coisas são) enquanto os juristas estudam o vir a ser (como as coisas deveriam ser).
- NORMA JURÍDICA: regra de conduta bilateral (por um lado estabelece direitos e garantias e, por outro, impõe obrigações), coercitiva (tem o poder de se fazer cumprir à força) e que objetiva, em tese e em última instância, a realização da justiça. As normas são proposições, autorizando o juízo hipotético condicional: Se A (fato), então B (consequência); se não B (consequência), então C (sanção).
- DIREITO x PODER: o direito nasce a partir de um ato de poder. Se esse poder é legítimo, temos direito; se é ilegítimo, temos tirania disfarçada.
- DIREITO x MORAL: a moral é conjunto de princípios gerais de conduta implementados pela livre vontade do homem.
- NATUREZA JURÍDICA: a natureza jurídica de um instituto é sua posição no ordenamento jurídico - as normas são organizadas por comparação (com outras) e afinidade ou aproximação (entre si), buscando facilitar sua própria sistematização e regulamentação, bem como a localização e compreensão dos institutos.

3.1.3 SISTEMA JURÍDICO

- LACUNAS: "buracos", "vazios", no ordenamento jurídico (espaços não preenchidos pela lei).
- ANTINOMIAS: incompatibilidade de normas dentro do sistema jurídico - incompatibilidade de normas dentro do sistema jurídico.
- FONTES: fonte formal é a forma pela qual o direito se manifesta.



- ↳ **Lei:** norma de conduta que disciplina relações de fato e cuja observância é imposta institucionalmente, restringindo o campo de liberdade do cidadão.
- ↳ **Costume:** norma de conduta aceita e obedecida habitualmente, sem maiores formalidades (prática constante e reiterada no tempo, com crença na obrigatoriedade da conduta).
- ↳ **Doutrina:** direito científico - conjunto organizado de inquietações (pesquisas, perguntas e respostas) dos estudiosos, dos cultores do direito (jurisperitos).
- ↳ **Jurisprudência:** conjunto de decisões judiciais reiteradas, constantes e harmônicas, resolvendo casos semelhantes, de modo a constituir uma norma geral aplicável a todos os casos similares.
- ↳ **Princípios gerais do direito:** proposições de caráter geral que englobam implicitamente um conjunto de normas. São tanto cânones que orientam a produção dos efeitos das normas quanto diretrizes para a integração (ou colmatação) de lacunas no sistema.

4 BIBLIOGRAFIA



Gostou muito do assunto e quer estudar mais? Está com tempo? Ótimo! Seguem as minhas recomendações bibliográficas para estudos adicionais - baseio-me tanto na cobrança em provas quanto no aprofundamento teórico do tema.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*.

BOBBIO, Norberto. *O positivismo jurídico*.

Boa leitura!

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Chegamos ao final da nossa aula inaugural! Tivemos aqui uma pequena amostra de como o tema é importante para fins de prova e, também, para fins práticos -



sem contar que permite uma compreensão (muito melhor) do fenômeno do direito como um todo (instrumento de transformação social).

E agora que já sabe como será desenvolvido o nosso trabalho (como serão apresentados os conteúdos) ao longo do Curso, **CONVIDO** a todos, mais uma vez, a vir conosco nessa caminhada árdua, mas gratificante (espero torná-la menos árdua e mais gratificante). aguardo os amigos e amigas na próxima aula. Até lá!

Quaisquer dúvidas, sugestões ou críticas entrem em contato sem hesitação. Estou disponível no fórum do Curso.

Jean Vilbert



ESSA LEI TODO MUNDO CONHECE: PIRATARIA É CRIME.

Mas é sempre bom revisar o porquê e como você pode ser prejudicado com essa prática.



1 Professor investe seu tempo para elaborar os cursos e o site os coloca à venda.



2 Pirata divulga ilicitamente (grupos de rateio), utilizando-se do anonimato, nomes falsos ou laranjas (geralmente o pirata se anuncia como formador de "grupos solidários" de rateio que não visam lucro).



3 Pirata cria alunos fake praticando falsidade ideológica, comprando cursos do site em nome de pessoas aleatórias (usando nome, CPF, endereço e telefone de terceiros sem autorização).



4 Pirata compra, muitas vezes, clonando cartões de crédito (por vezes o sistema anti-fraude não consegue identificar o golpe a tempo).



5 Pirata fere os Termos de Uso, adultera as aulas e retira a identificação dos arquivos PDF (justamente porque a atividade é ilegal e ele não quer que seus fakes sejam identificados).



6 Pirata revende as aulas protegidas por direitos autorais, praticando concorrência desleal e em flagrante desrespeito à Lei de Direitos Autorais (Lei 9.610/98).



7 Concurseiro(a) desinformado participa de rateio, achando que nada disso está acontecendo e esperando se tornar servidor público para exigir o cumprimento das leis.



8 O professor que elaborou o curso não ganha nada, o site não recebe nada, e a pessoa que praticou todos os ilícitos anteriores (pirata) fica com o lucro.



Deixando de lado esse mar de sujeira, aproveitamos para agradecer a todos que adquirem os cursos honestamente e permitem que o site continue existindo.